

***ПРИНЦИП NULLUM CRIMEN SINE LEGE В ИСТОРИИ
ОТЕЧЕСТВЕННОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА.***

*Статья выполнена в рамках проведения научного исследования по Гранту
Президента РФ для государственной поддержки молодых российских
ученых — кандидатов наук № МК-6969.2016.6.*

Е. Ю. Тихонравов.

кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории
государства и права юридического института Сибирского федерального
университета

660041, Россия, г. Красноярск, пр. Свободный, 79

ORCID: 0000-0003-2132-842X

ResearcherID: S-6967-2016

E-mail: etikhonravov@sfu-kras.ru

Введение: реализация принципа *nullum crimen sine lege* — нет преступления без указания о нем в законе — осуществлялась судами Российской империи и СССР в условиях конкуренции двух противоречащих друг другу общегосударственных интересов. Первый из них заключается в обеспечении неприкосновенности гражданской свободы — возможности делать все, что не запрещено законом. Второй состоит в пресечении вредных для государства деяний, которые законодатель не предвидел и не воспретил посредством уголовно-правовых норм заранее. ***Цель:*** выполнить исторический и теоретический анализ реализации принципа *nullum crimen sine lege* в отечественном уголовном праве; сформулировать

на базе этого исследования выводы, имеющие значение для современной юридической практики. **Методы:** методологическую основу исследования составили общенаучные средства познания: анализ, синтез, дедукция, индукция, сравнение, системный подход, исторический и статистический методы; также применялись частнонаучные приемы изучения: юридико-догматический, сравнительно-правовой и историко-юридический методы. **Результаты:** в судебной деятельности требуется совмещать общегосударственные интересы обеспечения неприкосновенности гражданской свободы и пресечения вредных для государства деяний, которые законодатель не смог предвидеть заранее и поэтому учесть в праве. Сформулирована аргументация, согласно которой именно это сочетание отвечает цели самосохранения и прогресса государства. Предложен метод определения правомерных вредоносных деяний, которые в условиях юридического закрепления принципа *nullum crimen sine lege* должны подлежать пресечению судами. **Выводы:** принцип *nullum crimen sine lege* в будущем ради общегосударственных интересов будет реализовываться судами не во всех случаях.

Ключевые слова: *nullum crimen sine lege*; гражданская свобода; пробел в праве; аналогия закона.

Введение

Как свидетельствуют многочисленные исследования [21, S. 226; 30, р. 71, 77; 33, р. 850–853; 35, S. 33–34; 38, S. 90–98, 264–268], судебная практика по уголовным делам большого числа зарубежных стран характеризуется конкуренцией двух противоречащих друг другу общегосударственных интересов. Первый из них, гарантией которого выступает принцип *nullum crimen sine lege*, заключается в обеспечении гражданской свободы — «возможности делать все то, что не запрещено законом» [17, с. 70]. Второй состоит в пресечении вредных для государства

деяний, которые законодатель не предвидел и не воспретил посредством уголовно-правовых норм заранее.

Отмеченная конкуренция характерна и для отечественного государства. В настоящей статье она сначала продемонстрирована на примере судебной практики Российской империи, затем — СССР. Далее выполнен теоретический анализ реализации принципа *nullum crimen sine lege* отечественными судебными учреждениями. После в публикации представлены результаты и выводы предпринятого исследования.

Принцип *nullum crimen sine lege* в уголовном праве Российской империи

В законодательстве Российской империи XIX в. был закреплён принцип *nullum crimen sine lege*. Так, ст. 1 т. XV Свода законов Российской империи 1832 г. гласила: «Всякое деяние, запрещенное законом под страхом наказания, есть преступление» [18, с. 56].

Аналогичное положение было воплощено в ст. 4 Уложения о наказании уголовных и исправительных 1845 г. В соответствии с ней «преступлением или проступком признается как самое противозаконное деяние, так и неисполнение того, что под страхом наказания уголовного или исправительного законом предписано» [15, с. 174].

Принцип *nullum crimen sine lege* нашел свое закрепление и в ст. 771 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. В соответствии с ней «суд постановляет приговор... об оправдании подсудимого, когда деяние, в коем он был обвиняем, признается... невоспрещенным законами под страхом наказания» [16, с. 446].

Опираясь на перечисленные статьи, П. П. Пусторослев пришел к следующему выводу. «В нашем общем уголовном праве твердо установлено самим законом разумное общее правило, что преступно только то, что закон признал преступным» [14, с. 413]. Такое же заключение сделали многие другие отечественные правоведы XIX — начала

XX в.: Н. А. Буцковский, А. Д. Градовский, Ф. П. Дубровин и Н. С. Таганцев [1, с. 33; 2, с. 30–31; 5, с. 20–21; 18, с. 191].

По мнению некоторых специалистов, принцип *nullum crimen sine lege* существовал в отечественном праве и до XIX в. Скажем, редакторы обзора хода работ по составлению Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. отмечали, что еще «со времени издания уложения Царя Алексея [Соборного уложения 1649 г.] законодательство наше, как это видно из общего духа его постановлений, признавало преступлениями только те деяния, которые воспрещены законом под страхом наказания» [1, с. 30].

Скорее всего, только что цитированное суждение носит спорный характер. Ведь согласно широко распространенной в литературе точке зрения на европейском континенте анализируемый принцип впервые нашел свое законодательное воплощение в Йозефине (Австрийском уголовном кодексе 1787 г.) [23, р. 30; 24, р. 168; 36, S. 77]. Его первый параграф гласит: «Преступлениями должны рассматриваться лишь те противоправные деяния, которые перечислены в настоящем законе» [27, S. 208]. Сама же латинская формулировка обсуждаемого принципа была предложена П. Фейербахом в начале XIX в. [22, S. 41].

Судебные органы Российской империи нередко пренебрегали указанным принципом. Это нарушение сводилось к такому преодолению судами пробелов в уголовном праве, в результате которого к уголовной ответственности привлекались лица, совершившие правомерные вредоносные поступки.

Так, по утверждению Н. С. Таганцева, «уголовный кассационный департамент Сената почти с самого начала своей деятельности... выработал учение о безусловном праве суда на пополнение всяких пробелов закона» [18, с. 188]. Скажем, в решении по делу Костюковой 1868 г. Сенат постановил, что «деяние, хотя и не воспрещенное никакою

положительную статью закона, может быть... обложено наказанием, если допущение подобного обычая может дать повод к значительным по сему предмету злоупотреблениям» [5, с. 29–30].

Для восполнения отмеченных пробелов суды Российской империи нередко обращались к аналогии закона. Скажем, в решении по делу Ивлиева 1906 г. Сенат указал, что «для применения уголовного закона по аналогии требуется: 1) несомненная преступность деяния, 2) отсутствие прямого карательного закона и 3) близкое сходство судимого деяния с тем, которое предусмотрено в уголовном законе» [11, с. 205].

Один из подобных примеров использования аналогии закона в судебной практике Российской империи привел П. П. Пусторослев. Согласно уголовному праву того периода шантаж не считался преступлением. Но «суды под предводительством Уголовного Кассационного Департамента, находя некоторое сходство между шантажом и мошенничеством, распространяли на шантаж уголовные законы о мошенничестве и, таким образом, с помощью противозаконной аналогии возводили шантаж в число уголовных правонарушений и облагали наказанием, узаконенным за мошенничество» [14, с. 18].

Правда, суды Российской империи старались создать видимость правомерности охарактеризованной практики преодоления пробелов в уголовном праве. Для этой цели в своих решениях они нередко ссылались на ст. 12 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. и ст. 155 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. [2, с. 26; 11, с. 204–205; 18, с. 188].

Согласно первой из двух указанных статей «все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму существующих законов, а в случае неполноты, неясности или противоречия законов, коими судимое деяние воспрещается под страхом наказания, должны основывать решение на общем смысле законов» [16, с. 368]. Изложенная

норма, выделяя «неполноту законов», не упоминала, в отличие от однородной ст. 9 Устава гражданского судопроизводства 1864 г., об их «недостатке». Это было сделано не случайно.

Как подчеркивал Н. С. Таганцев, неполнота уголовного закона подразумевает, что «известное деяние воспрещено законом, но в его обрисовке встречаются пробелы» [18, с. 187]. Отмеченный же недостаток предполагает «отсутствие закона, которым данное деяние воспрещается под страхом наказания» [18, с. 187].

По мысли Н. С. Таганцева, «недостаток уголовных законов предполагает... такие пробелы» [18, с. 187], которые «могут произойти или в силу простой оплошности, недосмотра законодателя, или в силу каких-либо соображений уголовной политики, или же вследствие того, что само преступное деяние народилось в общежитии только после издания кодекса уголовного» [18, с. 187]. Отсюда видно, что ст. 12 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. не санкционировала преодоление судами пробелов в уголовном праве, в результате которого к уголовной ответственности привлекались бы лица, совершившие правомерные вредоносные поступки.

То же следует сказать и о ст. 155 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Она гласила: «Если в законе за подлежащее рассмотрению суда преступное деяние нет определенного наказания, то суд приговаривает виновного к одному из наказаний, предназначенных за преступления, по важности и роду своему наиболее с оным сходным, но не приводя сего приговора в действие, представляет о том без замедления, по установленному порядку подчиненности, на рассмотрение Правительствующего сената» [15, с. 205]. В редакции Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1866 г. и 1885 г. данное предписание было помещено в ст. 151.

Существование этой нормы объясняется следующим. Как известно, т. XV Свода законов Российской империи 1832 г. являлся инкорпорацией уголовного законодательства прошлых столетий. Причем уголовные санкции нередко были изложены здесь в самых общих выражениях.

Вот почему в т. XV Свода законов Российской империи 1832 г. была включена ст. 104. Она предусматривала, что «когда закон, полагая наказание, назначает оное общими выражениями, как то: наказать яко преступника указов, или наказать по всей строгости законов, или на основании законов, не определяя при этом ни рода наказания, ни вида его, или же когда, назначая род наказания, он не назначает вида его; тогда суд прежде всего определяет с точностью существо преступления, сравнивает его с другими однородными и к нему по свойству их ближайшими, а потом полагает за оное наказание и представляет свое мнение в высшее место, по порядку подчиненности» [5, с. 15].

Процитированная статья не содержала полный перечень упомянутых общих выражений. Скажем, к ним также принадлежала фраза «наказать преступника до чего доведется» [2, с. 14].

Нормы с неопределенными санкциями сохранились и в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. [2, с. 17, 27]. Это и объясняет наличие в упомянутом акте уже процитированной ст. 155.

Сказанное позволяет понять, почему она не могла служить юридическим обоснованием привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших правомерные вредоносные поступки. По утверждению А. Д. Градовского, эта статья «говорит лишь о том случае, когда в законе за подлежащее рассмотрению суда преступное деяние нет определенного наказания. Следовательно, она предоставляет усмотрению суда определение меры наказания, а никак не преступности действия, непредусмотренного законом» [2, с. 28].

Схожим образом А. Д. Градовский комментировал и соответствующее правило т. XV Свода законов Российской империи 1832 г., закрепленное в ст. 104 последнего. Он утверждал, что здесь, «конечно, нельзя видеть (как это делает современная судебная практика) зародыша права аналогии. Нельзя... потому, что аналогия имеет дело с деяниями, вовсе непредусмотренными законом; в данном же случае деяние было предусмотрено и только мера наказания не определена» [2, с. 15]. Эту точку зрения разделяли многие другие отечественные дореволюционные правоведы [5, с. 16–18; 14, с. 18; 18, с. 189–190].

Принцип *nullum crimen sine lege* в уголовном праве СССР

С самого начала установления советского государства функционирующим в нем судебным органам были предоставлены широкие полномочия по преодолению пробелов в праве. Так, ст. 22 Положения о народном суде РСФСР 1918 г. гласила: «При рассмотрении всех дел народный суд применяет декреты рабоче-крестьянского правительства, а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты такового — руководствуется социалистическим правосознанием»¹. Аналогичные предписания были воплощены в ст. 22 Положения о народном суде РСФСР 1920 г.².

Вопрос о восполнении пробелов в праве судебными органами обсуждался и при разработке Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. Скажем, на третьей сессии ВЦИК РСФСР девятого созыва, состоявшейся в мае 1922 г., народный комиссар юстиции Д. И. Курский заявил следующее. «Ни один уголовный кодекс не в состоянии обнять всего многообразия преступных деяний, которые фактически в жизни имеются, и если мы хотим действительно создать кодекс, который будет бороться с опасными для строя явлениями, мы должны иметь статьи, которые дают возможность

¹ Положение о народном суде РСФСР 1918 г. // СУ РСФСР. 1918. № 85. Ст. 889.

² Положение о народном суде РСФСР 1920 г. // СУ РСФСР. 1920. № 83. Ст. 407.

судье действовать по аналогии... Будет необходимость властно вмешаться суду, а не дожидаться, пока будут декретированы нормы» [10, с. 40].

В результате в Уголовном кодексе РСФСР 1922 г. получила закрепление аналогия закона. Речь идет о ст. 10 упомянутого акта, которая устанавливала, что «в случае отсутствия в Уголовном Кодексе прямых указаний на отдельные виды преступлений, наказания или меры социальной защиты применяются согласно статей Уголовного Кодекса, предусматривающих наиболее сходные по важности и роду преступления, с соблюдением правил общей части сего Кодекса»¹.

Отдельные правоведы полагали, что действие аналогии закона в советском уголовном праве долго не продлится. Скажем, П. И. Люблинский видел в ст. 10 Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. «одно из постановлений переходного периода советского законодательства» [10, с. 49–50]. Близкую по смыслу позицию занял С. В. Познышев. Он считал, что на это правило «надо смотреть как на временное, вызываемое особыми условиями переживаемого момента» [13, с. 38].

Приведенные предположения П. И. Люблинского и С. В. Познышева оказались неверными. Аналогия закона была закреплена в ч. 3 ст. 3 Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1924 г., а также в уголовных кодексах всех союзных республик, включая Уголовный кодекс РСФСР 1926 г. В соответствии с его ст. 16 «если то или иное общественно-опасное действие прямо не предусмотрено настоящим Кодексом, то основание и пределы ответственности за него определяются применительно к тем статьям Кодекса, которые предусматривают наиболее сходные по роду преступления»².

¹ Постановление ВЦИК от 01.06.1922 «О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР» (вместе с Уголовным Кодексом РСФСР) // СУ РСФСР. 1922. № 15. Ст. 153.

² Постановление ВЦИК от 22.11.1926 «О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР редакции 1926 года» (вместе с Уголовным Кодексом РСФСР) // СУ РСФСР. 1926. № 80. Ст. 600.

Кроме того, впоследствии аналогия закона получила широкое распространение в советской судебной практике. Например, в 1939 г. отечественные исследователи констатировали, что за 20 месяцев работы «суды Московской области применяли аналогии по 53 статьям Уголовного кодекса, что составляет одну треть статей особенной части Уголовного кодекса РСФСР» [12, с. 12]. То же было характерно для деятельности Московского городского суда [12, с. 12]. Схожие выводы присутствуют и в зарубежной литературе [37, р. 620].

По утверждению упомянутых отечественных экспертов, «эта практика говорит о чрезмерно широком применении аналогии по множеству статей уголовного закона и приводит в действительности к извращению института аналогии... Беспредельность пользования аналогией вскрывает опасность и политическую вредность широкого применения аналогии в практике судов...» [12, с. 12].

К сходным выводам в 1938 г. пришли сотрудники редакции журнала «Советская юстиция». Они заявили, что «применение на практике аналогии сопряжено иногда с крупнейшими извращениями социалистического уголовного права» [8, с. 18]. Скажем, аналогия закона «нередко применяется тогда, когда в законе имеется соответствующий состав преступления» [8, с. 18].

Одним из примеров здесь может выступить Постановление Президиума Верховного Суда РСФСР от 17 марта 1935 г. В нем сказано, что «суды должны... усилить репрессию против хулиганства, применяя к злостным хулиганам лишение свободы. Как бандиты, должны караться те особо опасные хулиганы, которые совершают хотя бы одиночные нападения, но связанные с убийством или вооруженным сопротивлением органам власти (насилие, ранение и т.п.) с квалификацией этих преступлений по ст.ст. 16 и 59³ УК» [19, с. 60].

М. Д. Шаргородский подверг это судебное решение критике. По его убеждению, наличие в уголовном кодексе «специальных статей об убийстве, сопротивлении власти... о грабеже лишает применение... аналогии какого бы то ни было основания» [19, с. 60]. Усиление же репрессии «за рамки санкции статьи должно быть проведено в законодательном порядке, а не решением судебных органов» [19, с. 60].

В деятельности советских судов известны другие случаи некорректного использования аналогии закона. Так, в 1934 г. Верховный Суд РСФСР постановил, что «неосторожное обращение с огнем, повлекшее за собой уничтожение колхозного имущества, является действием социально-опасным, подлежащим квалификации по ст. 16 и 79 УК» [19, с. 60].

По этому поводу М. Д. Шаргородский отметил: «... ст. 79... предусматривает только “умышленное истребление или повреждение имущества” и на неосторожные поступки никак распространяться не может» [19, с. 60]. Причем данное заключение соответствовало прежней позиции Верховного Суда РСФСР. В 1926 г. он постановил: статья уголовного кодекса, «предусматривающая лишь умышленное совершение какого-либо деяния, не может быть применена через 10 (16) УК к случаям неосторожного совершения этого же деяния» [19, с. 60].

Не удивительно, что в 1930-х годах между отечественными специалистами возник спор об аналогии закона в советском уголовном праве. Так, А. А. Герцензон, И. Т. Голяков, М. М. Исаев, И. Ромашкин, А. А. Пионтковский требовали ее отмены [7, с. 84; 8, с. 19]. Другие правоведы придерживались противоположной точки зрения. Например, А. Я. Вышинский, повторяя изложенные доводы Д. И. Курского, заявлял о необходимости сохранения аналогии закона [19, с. 58]. Это мнение разделял М. Д. Шаргородский, который рассматривал последнюю в качестве «полезного орудия борьбы» [19, с. 60].

Однако отмеченная дискуссия не вызвала серьезных изменений в практике применения аналогии закона в советском уголовном праве. Суды обращались к этому техническому приему юриспруденции и в послевоенное время [6, с. 225], что находило поддержку среди авторитетных юристов того времени [6, с. 220–226].

Однако из Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. аналогия закона была исключена. Здесь в ст. 7 получил воплощение принцип *nullum crimen sine lege*. Она гласила: «Преступлением признается предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние (действие или бездействие), посягающее на советский общественный или государственный строй, социалистическую систему хозяйства, социалистическую собственность, личность, политические, трудовые, имущественные и другие права граждан, а равно иное, посягающее на социалистический правопорядок, общественно опасное деяние, предусмотренное уголовным законом»¹.

Цитированная статья, указывающая на уголовную противоправность как на неотъемлемый признак преступного деяния, была принята в целях укрепления гражданской свободы [3, с. 82]. Но несмотря на охарактеризованное закрепление принципа *nullum crimen sine lege* лица, совершившие правомерные вредоносные поступки, нередко привлекались к уголовной ответственности. Причем в соответствующих обвинительных приговорах суды не констатировали наличие пробелов в праве и не указывали на используемые для преодоления последних методы. Вместо этого судебные органы квалифицировали рассматриваемые деяния по статьям действующего уголовного кодекса.

Так, П. С. Дагель обращал внимание на существовавшую в СССР после 1958 г. «практику квалификации заранее не обещанного сбыта

¹ Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. // Ведомости ВС СССР. 1959. № 1. Ст. 6.

похищенного как соучастия в хищении, угона автомашин как хулиганства» [3, с. 86]. По его словам, эти случаи привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших правомерные вредоносные поступки, составляют примеры «незаконного применения аналогии, хотя такая квалификация производилась под видом толкования закона» [3, с. 86].

Не случайно М. А. Кауфман сделал следующий вывод. «Аналогия... довольно широко использовалась на протяжении всех 36 лет существования её в советском уголовном законодательстве. Не исчезла она из практики применения и после её отмены, а лишь обрела скрытые формы, умело мимикрируя и маскируясь» [9, с. 40].

Более того, И. Лапенна, изучив Уголовный кодекс РСФСР 1960 г., заявил: «Отмена аналогии, хотя и благотворная в целом, не может вызвать серьезных последствий» [28, р. 427]. Причина этого, по мысли упомянутого правоведа, заключалась в следующем. В указанном нормативном правовом акте некоторые «формулировки преступлений настолько широки, что представляют собой очень эластичные рамки, охватывающие все деяния, которые являются или могут считаться опасными для строя» [28, р. 427]. В самом деле, как отметила еще Б. Аккерман, «если судья обладает возможностью путем конкретизации абстрактно сформулированного текста закона учесть все случаи повседневной жизни, то все реже будут возникать проступки, за которые лица, их совершившие, понесут заслуженное наказание лишь с помощью применения судьей аналогии, а не через непосредственное применение нормы закона» [20, S. 41].

Теоретический анализ реализации принципа *nullum crimen sine lege* в истории отечественного уголовного права

Изложенный исторический материал о принципе *nullum crimen sine lege* в отечественном уголовном праве нуждается в осмыслении. Начать здесь, по-видимому, следует с констатации очевидного факта.

И неприкосновенность гражданской свободы, предполагающая соблюдение принципа *nullum crimen sine lege*, и борьба с правомерными общественно опасными деяниями, обуславливающая необходимость его нарушения, являются интересами, противоречащими друг другу. Вместе с тем реализация их обоих требуется для самосохранения и прогресса государства.

В самом деле, диктуемая принципом *nullum crimen sine lege* недопустимость такого восполнения пробелов в уголовном праве, которое нарушает гражданскую свободу, способна повлечь за собой, помимо других вредных для государства последствий, даже прекращение его существования. По крайней мере, так обстояли бы дела, если бы законодатель оказался не в состоянии предвидеть общественно опасные деяния, в результате которых, скажем, очень быстро уничтожается большая часть населения страны. Ведь в подобных случаях суд как власть, впервые сталкивающаяся с анализируемым и вредом, не имеет возможности его пресечь, поскольку соответствующие вредоносные деяния не предусмотрены в юридических нормах. Последующее же вмешательство законодателя подчас может оказаться запоздалым для спасения государства.

Между прочим, именно для упомянутых ситуаций Р. Иеринг сформулировал правило, которое до настоящего времени рассматривается в качестве высшего императива для правового регулирования. Суть этого предписания такова. Если бы государство беспомощно взирало «на требования жизни, которые не предусмотрены в законе» [25, р. 315], то оно бы погибло. Поэтому «там, где... обстоятельства требуют, чтобы государственная власть пожертвовала или правом, или обществом, она не только уполномочена, но и обязана пожертвовать правом и спасти общество» [25, р. 317]. Иначе и быть не может, поскольку «выше всякого

отдельного закона, нарушаемого в таком случае, стоит всеобщий и высший закон сохранения общества» [25, р. 317].

Аналогичной позиции придерживался Д. Локк. По мысли этого философа, «законодатели не в состоянии предвидеть всё и создавать соответствующие законы на все случаи, когда это может быть полезно сообществу» [29, р. 327]. Отсюда «исполнитель законов, имея в своих руках власть, обладает на основе общего закона природы правом использовать ее на благо общества во многих случаях, когда муниципальный закон не дает никаких указаний» [29, р. 327–328]. Кроме этого, «может возникнуть целый ряд обстоятельств, когда строгое и неуклонное соблюдение законов может принести вред» [29, р. 328]. В таких «случаях необходимо, чтобы сами законы уступали место исполнительной власти, или, скорее, этому закону природы и правления, viz. чтобы, насколько только возможно, были сохранены все члены общества» [29, р. 328]. Эта «власть действовать сообразно собственному разумению ради общественного блага, не опираясь на предписания закона, а иногда даже вопреки ему, и есть то, что называется прерогативой», — констатировал Д. Локк [29, р. 328].

Результаты

Сказанное выступает основанием для постановки следующего вопроса. Как в условиях законодательного закрепления принципа *nullum crimen sine lege* определить подлежащие пресечению судами правомерные вредоносные деяния?

При ответе на поставленный вопрос требуется, по-видимому, сравнивать две вещи. Имеются в виду зло и польза для государства, с точки зрения суверенной власти, от упомянутого пресечения. Зло, в частности, заключается в нарушении гражданской свободы и законности. Польза может состоять в своевременном предотвращении ущерба, который

способны причинить государству правомерные антиобщественные поступки.

Суду надлежит пресекать отмеченные деяния, когда такая линия поведения, с точки зрения суверенной власти, приносит государству больше пользы, чем вреда. В противоположной ситуации необходимо допускать их свободное совершение.

По-видимому, из подобной аргументации исходил Р. Циппелиус, когда рассуждал о «судебном дополнении или исправлении законодательства» [39, S. 64]. По убеждению этого правоведа, указанное «дополнение или исправление» возможно в случае, когда «соображения» [39, S. 64], его обосновывающие, «обладают бóльшим весом, чем противостоящие им принципы разделения властей и правовой безопасности» [39, S. 64]. Второй из двух отмеченных принципов, в частности, означает, что адресаты судебных постановлений в состоянии предвидеть и вычислить эти решения на основе действующего права и, таким образом, согласовать с последними свои жизненные планы [26, p. 251–252].

Пресечение правомерных вредоносных деяний суду следует осуществлять, ссылаясь на действующие нормы права. По сути, здесь идет речь об обращении судебного органа к так называемой созидательной юридической фикции. Она есть «любое суждение, которое скрывает или стремится утаить факт того, что под видом применения в конкретном случае действующей правовой нормы соответствующий государственный орган создает и реализует предписание, не укладывающееся в содержание упомянутого юридического правила» [4, с. 23].

С помощью созидательных фикций оказывается решенной важная для государства задача. Деятельность судов по формулированию не укладывающихся в содержание действующего права предписаний воспринимается населением как законная.

Данное обстоятельство, несомненно, положительно сказывается на эффективности правового регулирования. Во всяком случае, здесь исключается следование людей примеру должностных лиц, отчасти не считающихся с действующими юридическими правилами. Ибо, как отметил по этому поводу Р. Паунд, «кто же будет уважать право, когда его не уважают судьи?» [32, р. 123].

Скорее всего, аргументация, созвучная приведенной, равно как и сделанные из нее выводы, не были полностью чужды ряду поколений судебных чиновников Российской империи и СССР во времена, когда принцип *nullum crimen sine lege* был закреплён здесь в праве. В пользу этого заключения свидетельствуют фактические данные о деятельности упомянутых должностных лиц, представленные в настоящей статье.

Между прочим, аналогичным образом обстояли дела в судебной практике по уголовным делам ряда европейских стран. Скажем, Е. Эрлих на основе ее анализа сделал следующий вывод. «Аналогия по большей части устранена уголовным законом, однако тем самым она еще не устранена на практике» [21, S. 226]. Что касается конкретных примеров нарушения судами Германии, Нидерландов и Франции юридического принципа *nullum crimen sine lege*, то эти случаи в своих исследованиях продемонстрировали Э. Рейевски [35, S. 33–34], С. Марис [30, р. 71, 77] и Ш. Вогенауер [38, S. 90–98, 264–268]. Последний, в частности, заметил: «Большинство приговоров, где [немецкие] суды открыто или молчаливо нарушали запрет применения уголовного закона по аналогии, было принято между второй половиной двадцатых и семидесятыми годами двадцатого столетия» [38, S. 92].

Кроме того, по выражению А. Мохтара, Международный военный трибунал в Нюрнберге «ослабил непреложность принципа *nullum crimen sine lege*» [31, р. 53]. Причем это произошло несмотря на то, что данное

правило уже «в то время рассматривалось в качестве общего принципа уголовного права и справедливости» [31, р. 52–53].

Выводы

Последствия законодательного воплощения принципа *nullum crimen sine lege* в Российской империи и СССР способны выступить в качестве урока на будущее. По всей видимости, этот принцип в грядущие времена ради общегосударственных интересов будет реализовываться судами не во всех случаях.

Таковы основные результаты и выводы предпринятого исследования. Они отличаются от суждений, присутствующих в юридической литературе. В ней, по мнению Й. Пристера, принцип *nullum crimen sine lege* «пользуется наивысшим признанием» [34, S. 155]. Вот почему настоящая статья может стать основой дискуссии по рассматриваемой проблематике.

Библиографический список

1. *Буцковский Н. А.* Очерк кассационного порядка отмены решений по судебным уставам 1864 года. СПб.: Тип. Второго Отделения Собствен. Е. И. В. Канцелярии, 1866. 181 с.
2. *Градовский А. Д.* О судебном толковании законов по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. № 1. С. 1–62.
3. *Дазель П. С.* Об аналогии в советском уголовном праве // Российский криминологический взгляд. 2009. № 4. С. 82–86.
4. *Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю.* Способы восполнения пробелов в праве. М.: Норма, 2014. 176 с.
5. *Дубровин Ф. П.* О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона (окончание) // Журнал Министерства юстиции. 1899. № 6. С. 1–35.
6. *Дурманов Н. Д.* Понятие преступления. М., Л.: АН СССР, 1948. 315 с.
7. *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Ленинград. ун-т, 1955. 310 с.
8. *К разработке* проекта общей части Уголовного кодекса СССР // Советская юстиция. 1938. № 20–21. С. 18–19.
9. *Кауфман М. А.* Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. 51 с.
10. *Люблинский П. И.* Применение уголовного закона по аналогии // Право и жизнь. 1924. № 1. С. 40–50.
11. *Люблинский П. И.* Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса. Пособие к практическим занятиям по уголовному праву. Пг.: Тип. Романова, 1917. 267 с.
12. *П. В.* Понятие аналогии в советском уголовном праве и практика ее применения // Советская юстиция. 1939. № 3. С. 8–13.
13. *Познышев С. В.* Учебник уголовного права. М.: Наркомюст, 1923. 300 с.

14. *Пусторослев П. П.* Программа лекций по общей части русского уголовного права с кратким изложением некоторых понятий и объяснений. Вып. I. Юрьев, 1904. 425 с.
15. *Российское законодательство X–XX веков.* Т. 6. М.: Юрид. лит., 1988. 432 с.
16. *Свод законов Российской империи.* Т. XVI. Ч. 1. СПб., 1912. 680 с.
17. *Спасович В. Д.* Учебник уголовного права. Т. 1. СПб., 1863. 428 с.
18. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Т. I. Часть общая. СПб., 1902. 823 с.
19. *Шаргородский М. Д.* Аналогия в истории уголовного права и в советском уголовном праве // Социалистическая законность. 1938. № 7. С. 50–60.
20. *Ackermann B.* Das Analogieverbot im Geltenden und Zukuenftigen Strafrecht. Breslau–Neukirch, 1934. 50 S.
21. *Ehrlich E.* Die Juristische Logik. Tuebingen, 1925. 337 S.
22. *Feuerbach P. J. A.* Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gueltigen Peinlichen Rechts. Giessen, 1847. 878 S.
23. *Glaser S.* Nullum Crimen Sine Lege. *Journal of Comparative Legislation and International Law.* 1942. Vol. 24. Issue 1. Pp. 29–37.
24. *Hall J.* Nulla Poena Sine Lege. *The Yale Law Journal.* 1937. Vol. 47. Issue 2. Pp. 165–193.
25. *Jhering R.* Law as a Means to an End. Boston, 1913. 483 p.
26. *Kelsen H.* Pure Theory of Law. Berkeley, 1970. 356 p.
27. *Krey V.* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: eine Einfuehrung in die Problematik des Analogieverbots. Berlin, 1977. 268 S.
28. *Lapenna I.* The New Russian Criminal Code and Code of Criminal Procedure, I. *The International and Comparative Law Quarterly.* 1961. Vol. 10. Issue 3. Pp. 421–453.
29. *Locke J.* Two Treatises of Government. London, 1821. 405 p.

30. *Maris C. W.* Milking the Meter — On analogy, Universalizability and World Views. *Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics, and Linguistics*; ed. by P. Nerhot. Dordrecht, 1991. Pp. 71–106.
31. *Mokhtar A.* Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects. *Statute Law Review*. 2005. Vol. 26. Issue 1. Pp. 41–55.
32. *Pound R.* An Introduction to the Philosophy of Law. Clark, 2003. 306 p.
33. *Preuss L.* Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 1936. Vol. 26. Issue 6. Pp. 847–856.
34. *Priester J.–M.* Zum Analogieverbot im Strafrecht. *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*; Hrsg. H.–J. Koch. Koenigstein im Taunus, 1976. S. 155–185.
35. *Rejewski E.* Die Stellung des Strafrichters zur ‘Schuldfrage’ unter dem Gesichtswinkel der Abgrenzung der Ausdehnenden Auslegung zur Analogie. Breslau-Neukirch, 1937. 71 S.
36. *Schreiber H.-L.* Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege. Frankfurt am Main, 1976. 265 S.
37. *The Use of Analogy in Criminal Law.* *Columbia Law Review*. 1947. Vol. 47. Issue 4. Pp. 613–629.
38. *Vogenauer S.* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. B. I. Tuebingen, 2001. 663 S.
39. *Zippelius R.* Juristische Methodenlehre: eine Einfuehrung. Muenchen, 1985. 112 S.

References

1. *Buckovskij N. A.* *Ocherk kassacionnogo porjadka otmeny reshenij po sudebnym ustavam 1864 goda* [Essay on the Cassation Procedure of Annuling Judicial Rulings according to the 1864 Judicial Regulations]. St. Petersburg, 1866. 181 p. (In Russ.).
2. *Gradovskij A. D.* *O sudebnom tolkovanii zakonov po russkomu pravu* [On the Judicial Interpretation of Laws according to the Russian Law]. *Zhurnal*

grazhdanskogo i ugovnogo prava – Journal of Civil and Criminal Law. 1874. Issue 1. Pp. 1–62. (In Russ.).

3. *Dagel' P. S. Ob analogii v sovetskom ugovnom prave* [On the Analogy in Soviet Criminal Law]. *Rossiiskij kriminologicheskij vzgljad* – Russian View of Criminology. 2009. Issue 4. Pp. 82–86. (In Russ.).

4. *Drobyshevskii S. A., Tikhonravov E. Y. Sposoby vospolneniia probelov v prave* [Methods of Filling Gaps in the Law]. Moscow, 2014. 176 p. (In Russ.).

5. *Dubrovin F. P. O razmerakh dopustimosti analogii pri primenenii ugovnogo zakona (okonchanie)* [On the Scope of Admissibility of Analogy in Criminal Law Application (ending)]. *Zhurnal ministerstva iustitsii* – Journal of the Ministry of Justice. 1899. Issue 6. Pp. 1–35. (In Russ.).

6. *Durmanov N. D. Ponjatie prestuplenija* [The Notion of Crime]. Moscow, Leningrad, 1948. 315 p. (In Russ.).

7. *Ioffe O. S. Otvetstvennost' po sovetskomu grazhdanskomu pravu* [Responsibility according to Soviet Civil Law]. Leningrad, 1955. 310 s. (In Russ.).

8. *K razrabotke proekta obshchei chasti Ugolovnogo kodeksa SSSR* [On the Draft of the General Part of the Criminal Code of the USSR]. *Sovetskaia iustitsiia* – Soviet Justice. 1938. Issue 20–21. Pp. 18–19. (In Russ.).

9. *Kaufman M. A. Probely v ugovnom prave i sposoby ikh preodoleniia: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk* [Gaps in Criminal Law and Methods of their Filling: Synopsis of Dr. jurid. sci. diss.]. Moscow, 2009. 51 p. (In Russ.).

10. *Ljublinskij P. I. Primenenie ugovnogo zakona po analogii* [Analogical Application of Criminal Law]. *Pravo i zhizn'* – Law and Life. 1924. Issue 1. Pp. 40–50. (In Russ.).

11. *Ljublinskij P. I. Tehnika, tolkovanie i kazuistika Ugolovnogo kodeksa* [Technique, Interpretation and Casuistry of the Criminal Code]. Petrograd, 1917. 267 p. (In Russ.).

12. *P. V. Ponjatie analogii v sovetskom ugodnom prave i praktika ee primeneniia* [The Notion of Analogy in Soviet Criminal Law and Practice of its Application]. *Sovetskaja justiciia* – Soviet Justice. 1939. Issue 3. Pp. 8–13. (In Russ.).
13. *Poznyshev S. V. Uchebnik ugodnogo prava* [A Textbook on Criminal Law]. Moscow, 1923. 300 p. (In Russ.).
14. *Pustoroslev P. P. Programma lekcii po obshhei chasti russkogo ugodnogo prava s kratkim izlozheniem nekotorykh poniatii i ob "iasnenii* [Lectures on the General Part of the Russian Criminal Law with Brief Explanation of Some Concepts]. Yuryev, 1904. 425 p. (In Russ.).
15. *Rossiiskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov* [Russian Legislature of the 10–20th Centuries]. Moscow, 1988. Vol. 6. 432 p. (In Russ.).
16. *Svod zakonov Rossiiskoj imperii* [Code of Laws of the Russian Empire]. St. Petersburg, 1912. Vol. 16. Part 1. 680 p. (In Russ.).
17. *Spasovich V. D. Uchebnik ugodnogo prava* [A Textbook on Criminal Law]. St. Petersburg, 1863. Vol. 1. 428 p. (In Russ.).
18. *Tagancev N. S. Russkoe ugodnoe pravo. Chast' obshhaja* [Russian Criminal Law. General Part]. St. Petersburg, 1902. Vol. 1. 823 p. (In Russ.).
19. *Shargorodskij M. D. Analogiia v istorii ugodnogo prava i v sovetskom ugodnom prave* [Analogy in the History of Criminal Law and in Soviet Criminal Law]. *Sotsialisticheskaia zakonnost'* – Socialist Legality. 1938. Issue 7. Pp. 50–60. (In Russ.).
20. *Ackermann B. Das Analogieverbot im Geltenden und Zukuenftigen Strafrecht*. Breslau–Neukirch, 1934. 50 S. (In Germ.).
21. *Ehrlich E. Die Juristische Logik*. Tuebingen, 1925. 337 S. (In Germ.).
22. *Feuerbach P. J. A. Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gueltigen Peinlichen Rechts*. Giessen, 1847. 878 S. (In Germ.).
23. *Glaser S. Nullum Crimen Sine Lege. Journal of Comparative Legislation and International Law*. 1942. Vol. 24. Issue 1. Pp. 29–37. (In Eng.).

24. *Hall J.* Nulla Poena Sine Lege. *The Yale Law Journal*. 1937. Vol. 47. Issue 2. Pp. 165–193. (In Eng.).
25. *Jhering R.* Law as a Means to an End. Boston, 1913. 483 p. (In Eng.).
26. *Kelsen H.* Pure Theory of Law. Berkeley, 1970. 356 p. (In Eng.).
27. *Krey V.* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: eine Einfuehrung in die Problematik des Analogieverbots. Berlin, 1977. 268 S. (In Germ.).
28. *Lapenna I.* The New Russian Criminal Code and Code of Criminal Procedure, I. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1961. Vol. 10. Issue 3. Pp. 421–453. (In Eng.).
29. *Locke J.* Two Treatises of Government. London, 1821. 405 p. (In Eng.).
30. *Maris C. W.* Milking the Meter — On analogy, Universalizability and World Views. *Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics, and Linguistics*; ed. by P. Nerhot. Dordrecht, 1991. Pp. 71–106. (In Eng.).
31. *Mokhtar A.* Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects. *Statute Law Review*. 2005. Vol. 26. Issue 1. Pp. 41–55. (In Eng.). DOI:10.1093/slr/hmi005.
32. *Pound R.* An Introduction to the Philosophy of Law. Clark, 2003. 306 p. (In Eng.).
33. *Preuss L.* Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 1936. Vol. 26. Issue 6. Pp. 847–856. (In Eng.).
34. *Priester J.–M.* Zum Analogieverbot im Strafrecht. *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*; Hrsg. H.–J. Koch. Koenigstein im Taunus, 1976. S. 155–185. (In Germ.).
35. *Rejewski E.* Die Stellung des Strafrichters zur ‘Schuldfrage’ unter dem Gesichtswinkel der Abgrenzung der Ausdehnenden Auslegung zur Analogie. Breslau-Neukirch, 1937. 71 S. (In Germ.).

36. *Schreiber H-L.* Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege. Frankfurt am Main, 1976. 265 S. (In Germ.).
37. *The Use of Analogy in Criminal Law. Columbia Law Review.* 1947. Vol. 47. Issue 4. Pp. 613–629. (In Eng.).
38. *Vogenauer S.* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. B. I. Tuebingen, 2001. 663 S. (In Germ.).
39. *Zippelius R.* Juristische Methodenlehre: eine Einfuehrung. Muenchen, 1985. 112 S. (In Germ.).

***PRINCIPLE NULLUM CRIMEN SINE LEGE IN THE HISTORY OF
RUSSIAN CRIMINAL LAW.***

E. Y. Tikhonravov

Siberian Federal University

79, Svobodny pr., Krasnoyarsk, 660041, Russia

ORCID: 0000-0003-2132-842X

ResearcherID: S-6967-2016

E-mail: etikhonravov@sfu-kras.ru

Introduction: *the principle nullum crimen sine lege was applied by the courts of the Russian Empire and of the USSR in the light of the competition of two interests. The first one, which this principle aims to safeguard, is the ensuring of personal freedom — an opportunity to do everything which is not prohibited by the law. The second one is the need to prevent harmful acts, which legislature failed to foresee and to criminalize in advance. Purpose:* *to carry out historical and theoretical research of application of the principle nullum crimen sine lege in Russian criminal law; to achieve results on the basis of this research which*

would be beneficial and important for the contemporary legal practice. **Methods:** general scientific methods (analysis, synthesis, deduction, induction, comparison, systematic approach, historical and statistical methods) and specific scientific methods (legal dogmatic, legal comparison, legal history) form the methodological basis of the research. **Results:** both interests — the ensuring of personal freedom and the need to prevent harmful acts, which legislature failed to foresee and to criminalize in advance — should find their realization in judicial practice. It is argued that exactly this approach secures the survival and the progress of the body politic. The article provides a method to determine lawful but nevertheless harmful acts which notwithstanding of the legally binding principle *nullum crimen sine lege* should be prevented by judges by means of reaching guilty verdicts. **Conclusions:** the findings of the paper suggest that due to the need to prevent harmful acts which legislature failed to foresee and to criminalize in advance the principle *nullum crimen sine* would not be followed by judges on all occasions.

Keywords: *nullum crimen sine lege*; personal freedom; gaps in the law; *analogia legis*.

Тихонравов Е. Ю. Принцип *nullum crimen sine lege* в истории отечественного уголовного права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 201_. Вып. __. С. __.

Tikhonravov E. Y. Princip nullum crimen sine lege v istorii otechestvennogo ugodovnogo prava [Principle Nullum Crimen Sine Lege in the History of Russian Criminal Law]. *Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki* – Perm University Herald. Juridical Sciences. 201_. Issue __. Pp. __. (In Russ.).